INTRODUCCION.



SSUMPTOS HAY TAN CLAros, que es lo mismo informarlos, que persuadirlos; se dexa ver su solida verdad, desde que amanece la luz de la razon, y se descubren, sin necessidad, de que abulte su estatura el anteojo de menudas especulaciones. Se estimò colocado en esta classe, el que ocupa la presente controversia, en que, compitiendo una hembra dotada de la excelencia de la primogenitura, la quieren dessfigurar, y obscurecer otras dos hembras de lineas inferiores; pues que razon legal podrà patrocinar se anticipe la linea inferior â la mayor? Y como lograrà, aunque se fatigue la diligencia humana, borrar caracteres, que estampò la mano de la superior providencia? Las reglas, que gobiernan la succession de mayorazgos, lo abominan, las particulares de nuestra fundacion no lo protegen. Este conocimiento diò serio motivo â resistir reiteradamente el escribir en Derecho, pero el tenaz impulso de un mandato estrechò hasta los terminos de dexar sin arbitrio la condescendencia. Siguiendo pues el dictamen, se ceñirà la defensa de esta parte en el Primero punto, â insertar la clausula, y dibuxar el parentesco. El segundo, â reflexionar los fundamentos, que Don Simon propone. Y el tercero, â responder, los que ha alegado Don Francisco.

PUNTO I.

1.

Don Miguel de Jauregui y Guzman, nieto del Fundador, que posseyó.

2.

D. Lucas de Jauregui, primog. que premurió à su Padre. *B. en 27. de Septiembre de 1626.*

D. Diego de Jauregui entró à posseer por varon.

Doña Maria de Jauregui, *B. en 23. de Julio de 1631.*

3.

Doña Isabel Magdalena de Jauregui, hembra exclusa.

Don Miguel de Jauregui, Marquès de Gandul, ultimo agnado.

Don Miguel de Jauregui.

4.

D. Diego de Roa, ultimo posseedor.

5.

Doña Maria de Roa, hermana mayor.

7.

Doña Petronila de Roa, herman. men. que vive.

Doña Maria Antonia de Jauregui, D. Francisco Ortiz de Godoy, Litigante.

6.

Doña Josepha de Alfaro, Litigante.

8.

D. Simon de la Chica, Litigante.

EN la fundacion, que de este Mayorazgo otorgaron en 30. de Junio de 1598. Miguel Martinez de Jauregui, y Doña Isabel Hurtado su muger, se hallan las clausulas siguientes, que por conducir en la mayor parte, y escusar el reparo, de que se atribuya â mysterio omitir qualquier palabra, se ponen â la letra.

Por quanto al presente tenemos nos los dichos Miguel Martinez de Jauregui, y Doña Isabel Hurtado, su muger, por nuestros hijos legitimos â dicho D. Martin de Jauregui, que es el mayor, â D. Lucas de Jauregui, â D. Juan de Jauregui, y â D. Francisco de Jauregui, y D. Andrès de Jauregui, y D. Geronymo de Jauregui, y D. Lorenzo de Jauregui, y D. Alonso de Jauregui, que todos son varones, en los quales, y en los demàs hijos varones, que tuvieremos de nuestro matrimonio, y sus hijos, y descendientes legitimos *varones por linea recta masculina de varones*, es nuestra intencion, y voluntad hacer, instituir, ê fundar este dicho Mayorazgo, y los llamamientos de èl, precediendo el mayor al menor, por la orden, y prelacion, que aquì serà declarada: Por tanto ordenamos, y mandamos, que despues de los dias de nuestras vidas, y de cada uno de nos, succeda en este dicho Mayorazgo el dicho D. Martin de Jauregui, nuestro hijo varon mayor legitimo, como primer llamado, el qual lo tenga, possea, y goze por todos los dias de su vida; y despues, y â falta de èl, sus hijos, y descendientes legitimos varones, de legitimo matrimonio nacidos, por linea recta masculina de varon, prefiriendose el mayor al menor, y *la linea, y legitima succession del primero por linea recta masculina de varon se acabe, y fenezca primero, que entre el segundo, y el segundo, y su linea, y succession masculina se prefiera al tercero, y la suya*, y assi passe por todas las demàs lineas masculinas de varon; y el primer grado se prefiera al segundo, y el segundo al tercero, y assi por todos los demàs grados de succession; *y en un mismo grado el mayor, y su linea, y descendencia masculina prefiera al menor, y la suya*, siendo uno solo, y singular, el que posseyere.

Y en esta succession haya lugar la representacion de Derecho, segun la qual los hijos, y descendientes legitimos varones por la dicha linea recta masculina representan

tan â ſus Padres muertos en vida del ultimo Poſſeedor; y deſpues de ſu muerte, *haſta que de todo punto ſe acabe la ſucceſsion, y deſcendencia* maſculina de dicho D. Martin de Jauregui nueſtro hijo mayor varon legitimo: *y quando de todo punto ſe acabe, de modo, que no haya varon legitimo por la dicha linea recta maſculina* deſcendiente ſuyo por dicha linea de varon, queremos, y es nueſtra voluntad, que ſucceda en eſte Mayorazgo el dicho D. Lucas de Jauregui nueſtro hijo varon ſegundo, y ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones por la dicha linea recta maſculina de varon, prefiriendo el mayor al menor, *y el mayor, y ſu linea maſculina al menor, y la ſuya* por la dicha orden; y en defecto, y â falta de dicho D. Lucas, y de ſus hijos, y deſcendientes varones legitimos por la dicha linea recta maſculina de varon, llamamos â la ſucceſsion de eſte Mayorazgo â dicho Don Juan de Jauregui nueſtro hijo tercero, y a ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones *por la dicha linea recta maſculina de varon* por la dicha orden: y en defecto, y â falta de dicho D. Juan, y de ſus deſcendientes legitimos varones por la dicha linea recta maſculina de varon, llamamos â la ſucceſsion de eſte Vinculo, y Mayorazgo â dicho D. Franciſco de Jauregui nueſtro hijo quarto, y â ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones por la dicha orden: y en defecto, y â falta de dicho D. Franciſco, y de los dichos ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones por la dicha linea recta maſculina de varon, ſucceda en eſte Mayorazgo el dicho D. Andrès de Jauregui nueſtro hijo quinto, y ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones por la dicha orden, y linea maſculina de varon: y faltando dicho Don Andrès de Jauregui, y deſcendientes legitimos varones, ſucceda en eſte Vinculo, y Mayorazgo dicho D. Geronymo de Jauregui nueſtro hijo ſexto, y ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones por dicha linea de varon, y por la dicha orden: y en defecto, y â falta de dicho D. Geronymo, y de ſus deſcendientes legitimos varones, ſucceda en eſte Vinculo, y Mayorazgo dicho D. Lorenzo de Jauregui nueſtro hijo ſeptimo, y ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones por la dicha orden: y en defecto, y â falta de dicho D. Lorenzo, y de ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones, ſucceda en eſte dicho Vinculo, y Mayo-

raz-

razgo dicho D. Alonſo de Jauregui nueſtro hijo octavo, y ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones por la dicha orden: y en defecto, y â falta de dicho D. Alonſo, y de ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones, ſuccedan en eſte Mayorazgo todos los demàs nueſtros hijos varones, que tuvieremos de nueſtro matrimonio, *por ſu orden, y grado de mayorìa*, y ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones por la dicha orden.

De manera, que no pueda ſucceder en eſte Mayorazgo, por ninguna cauſa penſada, ô no penſada, ninguna muger deſcendiente de dicho D. Martin de Jauregui, primer llamado, ni de ſus deſcendientes, ni de los demàs nueſtros hijos varones ſus hermanos, que eſtàn llamados â la ſuccesſion de eſte Mayorazgo, *ni ningun varon, que ſea deſcendiente ſuyo, de los unos, ni de los otros por linea de muger, de qualquier condicion, y calidad, que ſea*, porque las excluimos, y havemos por excluſas, ê inhabiles, ê incapaces de la ſuccesſion de èl *à ellas, y à los varones, què de ellas deſcendieren*, y en ningun caſo queremos, que ſuccedan en eſte dicho Mayorazgo, porque eſta es nueſtra preciſa, y determinada voluntad.

Pero faltando todos nueſtros hijos varones, y los deſcendientes legitimos ſuyos varones por la dicha linea recta de varones, tenemos por bien, que ſuccedan en eſte dicho Mayorazgo las hembras, hijas deſcendientes legitimas de dichos nueſtros hijos varones arriba nombrados, y que en adelante tuvieremos, por el miſmo grado, orden, y prelacion, que eſtàn ſus Padres llamados: Por manera, que primera ſucceſſora ſea la hembra mayor, hija del hijo mayor varon, primero ſucceſſor, y llamado, y ſus hijos, y deſcendientes *legitimos varones, y hembras por linea recta maſculina, y femenina* perpetuamente, *prefiriendo el mayor al menor, y el varon à la hembra, aunque ſea mayor la hembra, que el varon*, y eſtèn en un miſmo grado; y acabada eſta ſuccesſion maſculina, y femenina de la tal hija mayor, ſucceda ſu hija hembra ſegunda, y eſta, y ſu linea maſculina, y femenina ſe prefiera â la tercera, y aſsi paſſe por todas las demàs lineas de las hijas hembras del dicho D. Martin de Jauregui, primero llamado, y de todos los demàs ſus hermanos hijos nueſtros arriba nombrados, y que adelante tuvieremos, por el miſmo grado, orden, y prelacion, que eſtàn ſus

Padres llamados, como dicho es, hasta que de todo punto se acabe, y fenezca la succesion masculina, y femenina de todos los dichos nuestros hijos varones, que tenemos, y adelante tuvieremos, y de sus hijos, y descendientes legitimos varones, y hembras; y en tal caso, y de no haver descendiente nuestro de ellos, y de ellas varon, ni hembra legitimo, que succeda en este Mayorazgo, llamamos â la succession de èl â Doña Cathalina de Jauregui, nuestra hija, muger, que ahora es de Don Martin de Guzman, y â sus hijos, y descendientes legitimos *varones, y hembras*, por la dicha orden, que han de succeder, y estàn llamadas las hijas hembras de los dichos nuestros hijos varones, y los descendientes legitimos de ellas varones, y hembras por linea masculina, y femenina, y con aquella misma prelacion; y â falta de la dicha Doña Cathalina de Jauregui, y de dichos sus hijos, y descendientes legitimos varones, y hembras, succeda en este Mayorazgo Doña Lorenza Maria de Jauregui nuestra hija, y sus hijos, y descendientes legitimos por la dicha orden, y en falta de ella, y de ellos, llamamos â la succession de este Mayorazgo â las demàs nuestras hijas hembras, que tuvieremos de nuestro Matrimonio, y â sus hijos, y descendientes legitimos varones, y hembras, por la dicha prelacion, y orden, *y generos masculinos, y femeninos.*

Y quando de todo punto se acabe la succession masculina, y femenina de todos los dichos nuestros hijos, y hijas varones, y hembras, assi del primero, como del segundo, tercero, y demàs grados de succession, de manera, que no haya varon, ni hembra, legitimo descendiente nuestro, y suyo, â quien pertenezca este dicho Mayorazgo, querèmos, que succeda en èl D. Miguel de Jauregui, hijo legitimo de Geronymo de Jauregui, hermano legitimo de mì el dicho Miguel Martinez de Jauregui, y de Doña Ana de Aguinisul su segunda muger; y despues, y â falta de èl, sus hijos, y descendientes legitimos *varones, y hembras por linea recta masculina, y femenina* por la dicha orden; y en defecto, y â falta de dicho D. Miguel de Jauregui, y de sus descendientes legitimos varones, y hembras, succeda en este Mayorazgo Doña Isabel de Jauregui, hija del dicho D. Geronymo de Jauregui, y de Doña Isabel de Salazar

ſu primera muger, y ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones, y hembras por la dicha orden: y en falta de ella, y de ellos, llamamos â la ſuccesſion de eſte dicho Mayorazgo â Doña Geronyma de Jauregui, hija de dicho Don Geronymo de Jauregui, y de dicha Doña Ana de Aguinisul ſu ſegunda muger, y â ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones, y hembras por la dicha orden, y prelacion: y â falta de ellos, y de ellas, ſucceda en eſte Mayorazgo D. Diego de Jauregui, vecino de la Villa de Bergara: y deſpues, y â falta de èl, y ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones, y hembras, ſucceda en eſte Mayorazgo Pedro de Aguilar de la Sal, hermano de mì la dicha Doña Iſabel Hurtado: y deſpues, y â falta de ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones, y hembras por la dicha orden: y en defecto, y â falta de èl, y de ellos, ſucceda en eſte Mayorazgo el pariente tranſverſal mas propinquo de nueſtro Linage, que â la ſazon ſe hallàre, prefiriendo los de mì el dicho Miguel Martinez de Jauregui, â los de mì la dicha Doña Iſabel Hurtado, y ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones, y hembras por la dicha orden; *ſin que tenga en eſte caſo mas prerrogativa el varon deſcendiente de la hembra, que la miſma hembra; ſalvo concurriendo el varon, y hembra en una miſma linea, y grado*; pero faltando varones, y hembras deſcendientes nueſtros entre los varones, y hembras tranſverſales, ſe guarde la miſma orden, que eſtà mandada guardar entre nueſtros deſcendientes, en los llamamientos, donde ſe permite la ſuccesſion de varones, y hembras.

Proveyendo, como proveemos, ordenamos, y mandamos, que en caſo, que haya de ſer excluida la hija, ô deſcendiente hembra del ultimo Poſſeedor de la ſuccesſion de eſte Mayorazgo, por ſer hembra, y preferirſele varon, el tal varon ſucceſſor en dicho Mayorazgo ſea obligado, y le obligamos, â que le dè â la tal hembra excluida, dote competente de los frutos de dicho Mayorazgo, *lo qual ſea, y ſe entienda en los primeros llamamientos de nueſtros hijos varones, y ſus deſcendientes varones*, en tal manera, que ſi alguna hembra quedàre excluida de eſte Mayorazgo, por preferirſele el tal varon llamado, que el Poſſeedor, que entràre excluyendo la tal hembra, eſtè obligado â dotarla de los frutos del dicho Mayorazgo, haſta en cantidad, de

lo

lo que montaren las dos tercias partes de los frutos, ê rentas de este Mayorazgo en los tres años primeros siguientes, que sucediere este caso, para que con ellos case con efecto; y no casandose, no haya, ni se le dè cosa alguna, porque la otra tercia parte quede, como queda, para el Posseedor varon para sus alimentos.

PUNTO II.

COmprehendiendose muy bien por Don Simon, que en reglas elementales de succession de Mayorazgos se atiende primero la linea, despues el grado, luego el sexo, y ultimamente la edad, D. Cast. *lib.* 3. *cap.* 5. *&* 6. & *lib.* 5. *cap.* 90. *&* 93. D.Molin. *lib.* 3. *cap.* 4. *&* 5. previniendo los Add. *num.* 14. *Tandem pro regula statuendum censeo, quòd in successione Majoratus ratione lineæ præfertur quis omnibus pretensoribus, etiam si sint proximiores in gradu, & aliis qualitatibus.* Y D. Castill. *Hinc infertur, quòd, cùm lex privilegiat lineam, posteà gradum, statim sexum, deinde ætatem, non est curandum de gradu, nisi in linea, neque de sexu, nisi in gradu, neque de ætate, nisi in sexu.* Y conociendo igualmente ser principio, que cada hermano desde su nacimiento constituye linea distinta, y separada para con sus respectivos descendientes, por tal orden, que mientras dura la del primero, està suspensa la entrada del segundo, y de la suya, ex Rox. *de Incomp.* 1. *part. cap.* 6. *num.* 11. *&* 329. Avend. *in leg.* 40. *Taur. glos.* 17. *num.* 26. D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 93. y nuestra fundacion, ibi: *Y en un mismo grado el mayor, y su linea, y descendencia masculina, prefiera al menor, y la suya:* Y que por consiguiente, siendo hermana mayor Doña Maria Madre de esta Parte, mal podria entrar â posseer Doña Petronila, ni su hijo; aspirò en su Memorial en el segundo Punto â figurar este Mayorazgo de qualidad, ô de succession irregular, que num. 81. explicò ser de artificiosa agnació, aunque â num. 84. dà â entender de simple masculinidad.

Antes de confutar el pensamiento, parece de admirar se elija un medio, por cuya senda se queda D. Simon â mayores distancias de obtener; pues establecida yà la artificiosa agnacion desde la vacante antecedente en cabeza

de

de ſu Avuela, Doña Iſabel Magdalena Madre del ultimo Poſſeedor, era forzoſo, que deſde alli en adelante caminaſſe de varon en varon, excluyendo la hembra, y ſu deſcendencia, que encontraſſe, como advirtiò Rox. 1. *part. cap. 6. num.* 304. con el ſimil de la linea blanca, que ſi ſe interrumpe con alguna parte de color diferente, dexa de ſer enteramente blanca: con que intermediando yà otra hembra, que es ſu Madre, ſi (aunque viva) la contempla excluſà, ſe inhabilita â sì miſmo, como que viene de ella, ex D. Vela *diſſert.* 49. *à num.* 60. *&* 98. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 41. porque viciada la raiz, es forzoſo enfermen tambien ſus ramas, y ſus frutos. Ni le ſerà refugio la reſpueſta, de que pretende por ſu llamamiento perſonal, diſtinto, ê independiente de ſu Madre, como uno de los deſcendientes de eſte Fundador, ex congeſtis â D. Larrea *deciſ.* 34. *à n.* 58. porque no dimanando la excluſiva de Doña Petronila de contravencion, ni otra inhabilidad perſonal, ſino de faltarle la qualidad de varonìa, que la fundacion apeteciò, le comprehende â toda ſu linea la repulſa, y excluſion. D. Larrea *ubi ſup. num.* 65. *Cùm autem ad agnationem refertur, tunc in nepote ex filia, eadem, quæ in Matre, ratio militat, quia non eſt agnatus, immo ab illo incipit linea cognationis* ∴ *Ideò Matris excluſione comprehenditur, non tam verbis, quàm voluntate diſponentis, ex identitate rationis; nam, licèt in nepote maſculo ſexus varietur, non autem variatur excluſionis cauſa, immo magis adſtringit.*

Por no encontrar eſte eſcollo, ſe penſaria el rumbo de la ſimple maſculinidad: y ſin pararnos en ſi es camino contrario al de la fingida agnacion, podrà ſalirle al paſſo una ventajoſa probabilidad, que hay, ex D. Larrea *deciſ.* 54. *num.* 11. *cum aliis.* Aguila 1. *part. cap.* 6. *num.* 325. *refiriendo deciſion*, ſobre que en eſta eſpecie de vinculaciones ſe antepone al varon, que enlaza por dos hembras, el que entronca ſolo por una; pues eſtando â la viſta deſcendientes varones, en quienes ſe verifica eſta apreciable circunſtancia, podrian detenerle la aceleracion, con que ſe precipita â poſſeer. En defenſa pues de eſta Parte, y del miſmo D. Simon ſe fundarà, que eſte Mayorazgo, ni es de maſculinidad, ni de artificioſa agnacion.

Para ſolidar el aſſumpto, conviene ſuponer, que por

to-

todos Derechos se admite la hembra à la succesion de Mayorazgos, y solo se pospone à varones de su misma linea, y grado; y lo contrario se reputa odioso, opuesto à Derecho comun, y como tal se debe restringir, è interpretar. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 4. infiriendo num. 32. ibi: *Quòd, cùm fœmina habeat fundatam intentionem jure communi, ut deficientibus masculis ejusdem lineæ, & gradus, in primogenio succedat, ad hoc ut ab eo, quod jure communi sibi competit, exclusa censenda sit, exclusio sit evidentissimè probanda; aliàs autem in casu dubii, in ejus favorem semper pronuntiandum.* Y advierte *num.* 38. que, aunque para ello basten conjeturas, y presumpciones, es forzoso sean claras, y muy convincentes, *ut nil aliud inducere valeant, nec aliqua juridica ratione subterfugi queant*; pensamiento, que apropriò D. Vela *dissert.* 49. al caso, en que se trate de interpretar la fingida agnacion, *num.* 51. *Rursus illud constat, Majoratum in dubio, cùm de contraria Institutoris voluntate clarè non apparet, regularem semper præsumi; non autem irregularem, sive agnationis veræ, vel fictæ; quia, cùm fœmina (ut diximus) ex ipsa Majoratus natura ad eum admittatur, saltèm post masculos ejusdem lineæ, & gradus, huic naturæ in dubio semper est inhærendum, cum accidentia non præsumantur. Nec proinde exclusæ cẽsentur per masculos ex masculis, multòque minùs per agnatos fictos, sive masculos ex fœminis, nisi unum, vel alterum ab Institutore expressum fuerit, vel id per tam evidentes, & manifestas conjecturas colligatur, ut salva, & illæsa illius mente, ab eis recedi nequeat.* Et D. Castill. *lib.* 6. *cap.* 129. *num.* 55. Bastando en nuestro Reyno la *ley* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* que por punto general estableciò, no bastassen presumpciones, y conjeturas las mas urgentes, y claras, para entender ordenada la agnacion, ni masculinidad, à menos, que con voces expressas no la mandasse literalmente el Fundador. Y aunque esto fue *para con los Mayorazgos, que de allì en adelante se fundassen*, como dice el Papel de D. Simon num. 82. ex D. Castill. *lib.* 4. *cap.* 56. *num.* 29. tambien queda innegable el apoyo, y ventaja, en que dexa la opinion, que estrecha la admission de semejantes qualidades, en los que estaban fundados antes del año de 1615. y que havràn de ser muy poderosas, y concluyentes las conjeturas, argumentos, ò palabras, de que se haya de sacar la masculinidad, ò artificiosa agnacion. Esto supuesto, y que ex

D.

D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 27. 38. & 41. al varon, que idèa excluir hembra de mejor linea, y grado, toca la concluyente prueba de estas qualidades; parece, que careciendo de ella el Papel de D. Simon, bastaba esta reflexa para menospreciar su pretension.

Quanto escriben los DD. en punto de construir agnacion, ô masculinidad, lo devuelven â una practica question de voluntad, y cargando la consideracion en reflexar la nuestra, se fatigarà poco la atencion en discursos, que se trahen â proposito de otras voluntades. La primer prueba parece la costèa D. Simon con las doctrinas D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 55. & D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 93. *num.* 18. que cita num. 71. & 72. de su Papel: porque haviendo hablado nuestro Fundador en la primer parte de esta fundacion tan separadamente del llamamiento de toda su agnacion, passò â la segunda parte, y caso, de haver solo hembras, y descendientes de ellas, y no vuelve aquì â formar nueva separacion, ni distincion, ni linea de solos varones con exclusion de hembras: con que falta el *fecit separatim lineas masculorum, & fœminarum* ... *Et fœminas non nisi in defectum masculorum admisit* del Sr. Castill. y el *discretivè de masculis, & fœminis disposuit* del Sr. Molin. Avivèmos mas el pensamiento. Con tal premeditacion procediò el Fundador en la primera parte, en que ordenò la rigorosa agnacion, que usò repetidissimamente de las voces *varones por linea recta masculina de varones*, y no sossegado con tan clara explicacion, concluye, ibi: *No pueda succeder en este Mayorazgo por ninguna causa, pensada, ò no pensada, ninguna muger descendiente de dicho D. Martin de Jauregui, primer llamado, ni de sus descendientes, ni de los demàs hijos nuestros varones sus hermanos, que estàn llamados à la succession de este Mayorazgo, ni ningun varon, que sea descendiente suyo de los unos, ni de los otros por linea de muger, de qualquier condicion, y calidad, que sea; porque los excluimos, y havemos por exclusos, inhabiles, è incapaces de la succession de èl, à ellas, y à los varones, que de ellas descendieren, y en ningun caso queremos, que succedan en este Mayorazgo.* Tiene presente para su exclusion la fingida agnacion, ô masculinidad: igualmente separa, y retira las hembras, como los varones descendientes de ellas: passa â disponer el otro llamamiento para el dia, y caso, en que es-

pire

pire su verdadera agnacion; y lo explica por orden tan diverso, que, olvidando varones descendientes de hembras, y que succeda yà varon de varon, ni que translinee, ni que el varon se prefiera en todo acaecimiento â la hembra, manda indistintamente, que succedan las hembras, y sus descendencias de varones, y hembras por ambas lineas masculina, y femenina: luego si llegò el tiempo, â que mirò este segundo llamamiento, donde està el *fecit separatim lineas, & fœminas non nisi in defectum masculorum omnium*? Luego dexò en visible igualdad las hembras, y los varones de ellas.

El llamar en alguna parte de la disposicion hembra, dixo D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 50. era argumento, de que no se apetecia la agnacion, y previnieron los Add. que lo mismo procedia, quando se hallassen nombrados interpoladamente, *si permixtim agnati, & cognati simul ad successionem vocantur*; es assi, que fixa el llamamiento, no en el varon descendiente de la hembra, sino en la misma hembra, ibi: *Por manera, que primera successora sea la hembra mayor hija de mi hijo mayor*; es asi, que previene, que de allì en adelante entren sus hijos varones, y hembras, ibi: *Y sus hijos, y descendientes legitimos varones, y hembras*: luego no quedò dispuesta; sino desfigurada la agnacion, y la masculinidad.

No es argumento, sino nueva prueba de nuestro asserto, la clausula, que nota num. 88. el Papel de D. Simon: *Prefiriendose el mayor al menor, y el varon à la hembra; aunque sea mayor la hembra, que el varon, y estèn en un mismo grado*. Proponer competencia entre varon, y hembra de igual grado, es suponerlos coetaneamente succesibles; y decidirla â favor del varon, aunque menor de edad, es conformarse con reglas generales de los Mayorazgos: Luego persuade, que no pensò el Fundador en la translineacion forzosa para la masculinidad, ô la agnacion; y sì, en que quedasse desde entonces de succesion regular. Mas claro: Si fuesse el animo dexar el Mayorazgo de agnacion, ô de masculinidad, el varon mas remoto deberia preferir â la hembra en todo caso: luego limitarlo al de la concurrencia en igual grado, es resistir aquella inteligencia. Urge, el que en idioma de Mayorazguistas disputar la preferen-

rencia por el *grado*, es, y se entiende en el supuesto de hallarse ambos dentro de una linea, ex D. Cast. *ubi sup. Neque est curandum de gradu, nisi in linea.* Para estrechar mas la prueba, y la respuesta, finjamos, que huviesse dispuesto nuestro Fundador la exclusion de hembras, y la preferencia de varones: se deberia entender, ê interpretar entonces esta preferencia â favor de los varones mas remotos? Respondiò literalmente, que no D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 71. ibi: *Quoties Majoratus Institutor genericè, & absolutè fœminas propter masculos à successione exclusit, nec se illas propter masculos remotiores excludere velle adjecit, ea exclusio propter masculos ejusdem lineæ, & gradus, non autem propter remotiores intelligenda est; ita ut masculo ejusdem lineæ, & gradus deficiente, fœmina in ejus defectum ad hujusmodi Majoratus successionem admittenda sit; ac si nil peculiare circa hoc à Majoratus Institutore dispositum fuerit.* Y es pensamiento, que igualmente repite D. Vela *dissert.* 49, *num.* 55. ibi: *Dixi merè absoluta, & generalis, nam secùs esset, si respectiva tantùm prohibitio foret propter masculos, non addito remotiores, intelligèretur namque restrictivè, propter masculos ejusdem lineæ, & gradus*: Luego si el llamamiento, de que yà tratamos, no solo carece de la exclusion absoluta de las hembras; sino que positivamente las incluye, con mayor razon la preferencia, que concede â los varones, se debe entender, y restringir â dos hermanos, donde se verifica ser de una linea, y grado; pero no donde el varon, ô el parentesco es mas remoto.

Para dar satisfaccion mas plena, y manifestar la verdadera inteligencia de la palabra, *y estèn en un mismo grado*, darèmos la prueba mas clara, y literal de nuestro asserto. Prosigue immediatamente la clausula: *Y acabada esta succesion masculina, y femenina de la tal hija mayor, succeda su hija hembra segunda, y esta, y su linea masculina, y femenina se prefiera à la tercera, y assi passe por las demàs lineas de las hijas hembras del dicho D. Martin primer llamado, y de todos los demàs sus hermanos hijos nuestros arriba nombrados.* Finge aqui el caso nuestro Fundador, de que en el dia, y ocasion, en que se extinguiesse la verdadera agnacion, viviessen tres hijas de Don Martin su primogenito, y todas con succesion de hembras, y varones; es asi, que en esta hypothesi manda, que su nieta sea la primera, que ocupe el Mayorazgo, ibi: *Prime-*

mera sucessora sea la hembra mayor hija de mi hijo mayor, que despues sigan todos sus hijos hembras, y varones, ibi: *Y sus hijos, y descendientes legitimos varones, y hembras por linea recta masculina, y femenina*, y que hasta acabarse enteramente esta descendencia, asi de los varones, como de las hembras; no entre la segunda, ibi: *Y acabada esta succesion masculina, y femenina de la tal hija mayor, succeda su hija hembra segunda*; y que las hembras, y varones descendientes de esta se antepongan à la hija tercera, y la suya, ibi: *Y esta, y su linea masculina, y femenina se prefiera à la tercera*; es asi, que segun la serie de estos llamamientos debian posseer primero las hembras de la hija mayor, que todos los varones de la segunda; y que las hembras hijas de esta quedaron antepuestas à los varones hijos de la tercera: luego la artificiosa agnacion, y la masculinidad quedaron destruidas: luego la preferencia concedida al varon fue solo, estando dentro de un grado, y linea.

Contesta el mismo asserto, que empezando el Fundador el llamamiento de las hembras, dice fuesse *por el mismo orden, grado, y prelacion, que estàn llamados sus Padres*, habla D. Castill. *lib. 6. cap.* 181. *num.* 37. de la clausula *de la misma manera, ò por el orden, que queda ordenado*, y dice ser relativa, y una repeticion de la disposicion antecedente con sus qualidades. Aqui se refiriò al llamamiento, que dexaba ordenado en sus ocho hijos varones, y su descendencia, por linea recta de varones; es asi, que la estructura de este nombramiento, no solo fue graduarlos por sus respectivas mayorìas, sino advertir, *que la linea, y legitima succession del primero por linea recta de varon se acabe, y fenezca primero, que entre la del segundo; y el segundo, y su linea, y succession masculina se prefiera al tercero*: luego, para verificarse la misma graduacion, debia antes desfrutar toda la descendencia de la primera hembra, que la segunda, y qualquiera de sus hijos: luego repugna se interprete una succesion continuamente saltuaria, como es, la que requieren la agnacion, y la masculinidad. Confessò el vigor de este argumento el Papel de D. Simon desde num. 83. y procurando darle solucion, recurre, à que son muchas, y diversas las especies, y figuras de los Mayorazgos, y que pudo el Fundador restringir la agnacion à grados, ò personas, y dis-

diſponer deſpues la maſculinidad; pero como (concedido todo) ſolo ſe infiere el *pudo*, y no el *quiſo*, dexa en toda ſu fuerza el argumento.

Es prueba del intento, que para el caſo de faltar toda la deſcendencia de hembras de los ocho hijos varones de eſte Fundador, diſpone el llamamiento de ſus proprias hijas Doña Cathalina, y Doña Lorenza, diciendo, 161: *Y en tal caſo de no haver deſcendiente nueſtro de ellos, y de ellas, varon, ni hembra legitimo, que ſucceda en eſte Mayorazgo, llamamos à la ſuccesſion de èl à Doña Cathalina de Jauregui nueſtra hija, muger, que ahora es de D. Martin de Guzman, y à ſus deſcendientes legitimos varones, y hembras*; es aſsi, que ſi ideaſſe la ſimple maſculinidad, y aun la artificioſa agnacion, correſpondia colocaſſe primero los hijos varones de eſta hija, que las nietas de las antecedentes hembras: luego no hay clauſula, que patrocine aquella idèa. Proſigue mas la clauſula: *Por la dicha orden, que han de ſucceder, y ſon llamadas las hijas hembras de los dichos nueſtros hijos varones, y los deſcendientes legitimos de ellas varones, y hembras por linea maſculina, y femenina, y con aquella miſma prelacion.* Aqui ſe interpreta à sì miſmo el Fundador, advirtiendo, que el miſmo orden, y graduacion, que havia ya ordenado para las hembras deſcendientes de varones, queria gobernaſſe la ſuccesſion de ſus dos hijas, y deſcendencias de eſtas; pues noteſe que proſigue: *Y à falta de la dicha Doña Cathalina de Jauregui, y de los dichos ſus hijos, y deſcendientes legitimos varones, y hembras, ſucceda en eſte Mayorazgo Doña Lorenza de Jauregui nueſtra hija*: Luego expreſſamente quiſo, que primero poſſeyeſſe qualquier hembra deſcendiente de ſus ocho hijos, que qualquier varon deſcendiente de eſtas ſus dos hijas, y que qualquier hembra hija, ò deſcendiente de Doña Cathalina poſſeyeſſe antes, que qualquier varon hijo, ò nieto de la Doña Lorenza. Eſto repugna al concepto de la fingida agnacion, y maſculinidad: luego tienen notoria reſiſtencia en nueſtra fundacion. Coligiendoſe en ſubſtancia, que malograda la verdadera agnacion (que fue, la que unicamente apeteciò el Fundador) conſiderò de igual derecho à las hembras, que à los varones derivados de ellas, y como que unos, y otras no le llamaban la atencion, no ſolo dice, ſirva de regla lo diſpueſto, en quanto à hembras deſcen-

cendientes de varones, para la succession de sus dos hijas, y sus lineas; sino que devolviendo su disposicion â reglas generales de un Mayorazgo regular, manda se evacuen primero las lineas, que dimanaban de varones, para que entrassen despues las dos de sus dos hembras, por mantener la regla general de Mayorazgos, que antepone el varon de una linea, y grado con la hembra.

Hagamos demonstrable el pensamiento, figurando, que dexò una hija Don Diego Alfonso de Roa. Deberà esta entrar â posseer en la vacante, que causò la muerte de su Padre? Don Simon responderà, que no, por mantener sequela en su defensa; pero le convence la letra de la fundacion, que dice, succeda la hembra mayor, *y sus hijos, y descendientes legitimos varones, y hembras por linea recta*; es assi, que si entrasse D. Simon â posseer, passarìa â un transversal, quedando descendiente del Posseedor en linea recta: luego el concepto de agnacion, y masculinidad tienen resistencia en esta fundacion.

Allana con claridad qualquiera duda la clausula, en que manda dàr cierta joya, y dote â la hembra, que padeciesse la exclusion, diciendo: *Lo qual sea, y se entienda en los primeros llamamientos de nuestros hijos varones, y sus descendientes varones.* Tratò de compensar aquel agravio, que por conservar su apetecida agnacion, inferia â la hembra, que desnudaba de la Primogenitura, que le vistiò al nacer la providencia; y como este agravio, en su concepto, no passaba del primer llamamiento en los varones de varones, y no â el siguiente de las hembras, y sus descendencias, por esto declarò, que solo en los varones de varones debia permanecer esta pension; es assi, que siendo el Mayorazgo de agnacion, ô masculinidad, seria mas frequente el mismo agravio, y repulsa (como ahora lo solicita Don Simon:) luego procederia inconsiguiente, y desigual el Fundador, en no extender â este caso la compensacion.

Aunque lo expuesto basta para responder los argumentos, importa recordar, que siendo duda grave, si en el llamamiento *de varon en varon*, sin mencionar hembra, se ha de entender dispuesta la agnacion, que toca D. Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 25. Si masculos simpliter, & absolutè invitaverit, nec de fœmina in aliqua parte meminerit*, y en que opinan

nan tan discordes, que Cevall. *en la* 541. la coloca entre las Comunes contra Comunes, y D. Castill. *lib. 6. cap.* 129. *usq. ad* 133. *num.* 20. se reforma, y modera, en lo que sobre ella afirmò *lib.* 3. *cap.* 29. & *lib.* 5. *cap.* 92. que se citan de contrario, protegen nuestro intento ambas opiniones, y probabilidades; pues si en sentir de unos el continuo llamamiento de solos los varones no alcanza â establecer la agnacion, porque se requiere mas clara, y concluyente voluntad; y en la de los otros basta este, quando se hallen omitidas las hembras totalmente, què dirian en el caso, en que se fixa el primer llamamiento, no en varon de hembra, sino en la misma hembra? Y quando desde alli continùa, nombrando indistinta, ê igualmente varones, y hembras por linea masculina, y femenina, y que hasta apurarse toda la descendencia de una linea, estè suspensa la otra? D. Vela *dissert.* 49. *num.* 45. para la fingida agnacion, dice precisa la especial expression *succedan de varon en varon*, y conviene Rox. 1. *part. cap. 6. num.* 304. & 306. hablando de la verdadera, y *num.* 309. para la fingida, *vocando masculos de masculo in masculum*: Luego si nuestros llamamientos carecen de esta figura, como se podrà entender, ni aùn opinable, que contengan masculinidad, ni agnacion? La diccion *Y*, ex D. Castill. *lib. 6. cap.* 136. *num.* 31. 34. 81. & 83. es copulativa, y demuestra igual afeccion, ê inclusion, â los que con ella son llamados, y succeden juntos, si el assumpto de la disposicion no lo repugna, como en los Mayorazgos notò D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *à num.* 4. & Rox. 5. *part. cap.* 4. Luego llamados *varones, y hembras* por linea *masculina, y femenina*, quedaron con tan igual substitucion, que solo tendràn preferencia los varones en los casos, que prescriben las reglas ordinarias de los Mayorazgos.

La estructura, y voces de esta fundacion estàn persuadiendo (y lo conoce el Papel de D. Simon num. 105.) se consultò con persona inteligente. La palabra *linea*, de que usa tan frequentemente *ex leg. 2. tit. 6. part. 6.* es *ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen unas de otras, como de cadena, descendiendo de una raiz, y hacen entre sì grados departidos*, que explicò Rox. 1. *part. cap. 6. à num.* 26. previniendo *num.* 12. & 28. que la recta es incompatible con otra. Contes-

ta el Papel de D. Simon num. 79. ex D. Castill. que esta palabra *linea* no es puesta sin mysterio, afirmando, *lib. 5. cap. 93.* que sirve, y conduce para interpretar ultimas voluntades: luego, hallandose tan repetida en nuestra fundacion, y ordenada por persona inteligente, con mayor razon havrà de conservar su proprio, y natural significado; es assi, que el saltuario, ê inquieto movimiento, en que circulan agnacion, y masculinidad destruye â cada passo la sequela regular de cada linea; y pugna claramente con la possession de todos sus varones, y hembras por linea recta en cada una de ellas: luego cada palabra de esta fundacion està publicando, que no se puede contemplar de succession irregular.

No desfigura este concepto un reparo, que hace el Papel contrario, num. 86. y consiste, en que al tiempo de concluir los llamamientos (tanto, que se dirigen â las futuras hijas, que acaso le sobreviniessen de su Matrimonio) diga: *A las demàs nuestras hijas hembras, que tuvieremos de este dicho nuestro Matrimonio, y à sus hijos, y descendientes legitimos varones, y hembras, por la dicha prelacion, y orden, y generos masculinos, y femeninos*; porque sobre ser clausula referente, que se ha de entender, y arreglar por el relato, *ex pluribus congestis* â D. Vela *dissert.* 49. *à num.* 11. se conoce, que lo mismo entendiò por la voz *genero masculino*, y *femenino*, que por la voz *linea masculina*, y *femenina*, de que se sirviò siempre. Ni se alcanza el fundamento, para que la voz *genero masculino*, y *femenino* signifique una anticipada general preferencia de varones, y absoluta exclusion, ô suspension de toda hembra, que es lo que D. Simon quiere, y necessita; y no dice D. Castill. en los lugares, que se citan. Pero, aun concedido, como recae sobre substitucion muy distinta, de la que oy se trata, se havria de decidir este litigio por su proprio correspondiente llamamiento, que es el de las hembras descendientes de varones, y reservar â D. Simon este reparo, para que lo oponga â las hijas futuras del Fundador, de quienes habla.

Reflexionadas las ultimas clausulas de esta fundacion, se rastrèa otra comprobacion particular. Fenecidos todos los llamamientos de la propria descendencia, se colocan otros â favor de determinados sobrinos, y especia-

ciales transversales, y en ellos se nominan tambien sus descendencias de varones, y hembras *por linea recta masculina, y femenina por la dicha orden*: con que satisfacemos *obiter*, lo que dice el Memorial de D. Simon num. 88. que figura de distinta estructura este nombramiento de los Transversales, siendo en el todo relativo, y acorde al de los proprios descendientes. Passa ultimamente el Fundador al llamamiento universal de los parientes, y dice, ibi: *Y à falta de ellos, succeda en este Mayorazgo el pariente transversal mas propinquo de nuestro Linage, que à la sazon se hallàre, prefiriendo los de mì el dicho Miguel Martinez de Jauregui à los de mì la dicha Doña Isabel Hurtado, y sus hijos, y descendientes legitimos varones, y hembras por la dicha orden, sin que en este caso tenga mas prerrogativa el varon descendiente de la hembra, que la misma hembra; salvo concurriendo varon, y hembra en una misma linea, y grado*. El que por una substitucion, ô parte de una disposicion, se interprete, y aclare la de otras, es vulgar: luego si en este caso determina literalmente el Fundador, que no tenga mas prerrogativa el varon, que descendiere de la hembra, que la misma hembra; salvo siendo hermanos (que es el caso, en que estarian en una linea, y grado) es este hecho, y determinacion un mudo Interprete de su voluntad, sin que, el que usè de aquella palabra *en este caso*, pueda construirse, que en los antecedentes havia determinado lo contrario, como se dà â entender por D. Simon desde num. 87. hasta el final.

Tomando solo las palabras: *Y estèn en un mismo grado* de la clausula, que dispone la succesion de hembras, y confrontandola con la referida del llamamiento de transversales, que dice: *Sin que en este caso tenga mas prerrogativa el varon descendiente de la hembra, que la misma hembra; salvo concurriendo varon, y hembra en una misma linea, y grado*, se empeña en deducir, que en esta limitacion manifestò, que entre los descendientes de hembras, no quiso se atendiesse el privilegio de la linea, sino solo el grado; y que por consiguiente, estando en uno mismo Doña Josepha, y Don Simon, vence este por la qualidad de varon. Este concepto es opuesto â la letra de la fundacion. Forma el primer llamamiento de D. Martin su primogenito, y que en su falta succedan sus hijos, y descendientes legitimos varones:

Pre-

Prefiriendo el mayor al menor, y la linea, y legitima succession del primero por linea recta masculina de varon se acabe, y fenezca primero, que entre el segundo; y el segundo, y su linea, y succession masculina se prefiera al tercero, y la suya, y assi passe por todas las demàs lineas masculinas de varon. Yà dexa literalmente ordenada la preferencia de lineas, segun la serie de sus mayorìas. Sigue: *Y el primero grado se prefiera al segundo, y el segundo al tercero; y assi por todos los demàs grados de succession.* Previno aquì la preferencia de grados dentro de una linea. Sigue: *Y en un mismo grado el mayor, y su linea, y descendencia masculina prefiera al menor, y la suya.* Vuelve à ratificar la preferencia de las lineas por su mayorìa, quando compitiessen personas, que estando cada uno en la suya, comparativamente tuviessen igual grado, como acaece ahora entre Doña Josepha, y Don Simon. Hemos visto yà mandada observar la prelacion de lineas en la descendencia de varones por nuestro Fundador, que la calificò con el exemplo, de lo que practìca en el llamamiento de sus ocho hijos, colocando por el orden de sus edades la graduacion de sus personas, y sus respectivas descendencias, sin la menor alteracion.

Passa al nombramiento de las hembras descendientes de estos sus hijos los varones, y previene, y repite fuesse *por el mismo grado, orden, y prelacion, que estaban sus Padres llamados*: luego si en estos estaba mandada observar tan claramente la prerrogativa de la linea, estarà igualmente prevenida en las descendientes hembras. Se calificò tambien con el exemplo: porque llamada la hembra mayor de dicho D. Martin, previene succedan despues sus hijos, y descendientes varones, y hembras por linea recta; y que en no haviendo alguno de esta primer hembra, entre la segunda, y la suya, y en falta de esta, la tercera, y concluye: *Y assi passe por todas las demàs lineas de las hijas hembras de dicho D. Martin de Jauregui primero llamado, y de todos los demàs sus hermanos, hijos nuestros arriba nombrados, y que en adelante tuvieremos, por el mismo grado, orden, y prelacion, que estàn sus Padres llamados, como dicho es*: luego en los descendientes de estas hembras quedò prevenido literal, y practicamente el privilegio de la linea. Sigue llamando el Fundador sus dos hijas, y su descendencia masculina, y femenina, y repite sea *por la dicha orden, que han de succeder, y son llamadas las hijas*

hembras de los varones: luego es contra la letra de esta fundacion creer, que en las hembras descendientes no quedasse mandado mantener el regular privilegio de la linea.

Sigue el nombramiento de algunos sobrinos, y particulares transversales de ambos Fundadores, y vuelve â repetir tambien *por la dicha orden*. Passa al general del pariente mas cercano, *que à la sazon se hallasse*, y por cortar la question, ô confusiô de qualidad, ô mejoria de sus lineas, si acaso concurriria uno, que enlazasse por varon, y otro por hembra, manifestò ser su voluntad se prefiriesse el mas cercano, sin atender si era varon de hembra, ô si era hembra, limitandolo solo, quando compitiessen varon, y hembra de una linea, y grado. Conoce el Memorial de D. Simô, que esta orden, y disposicion solo mirò â regular la entrada de los transversales comprehendidos baxo de este llamamiento general: luego inaplicable al caso, y Litigantes del actual juicio. Ni del un caso al otro es buena la ilacion, yà por la disparіedad de circunstancias, yà porque cauto el mismo Fundador, previno al punto, que esta singularidad (que, por quitar confusiones, y litigios, disponia al entrar el llamamiento universal de transversales, donde queria, que fuesse todo el movil de su preferencia la mayor immediacion de parentesco, ibi: *El transversal mas propinquo de nuestro Linage*) no queria corriesse entre los otros transversales particularmente nominados, dixo: *Pero faltando varones, y hembras descendientes nuestros, entre los varones, y hembras transversales, se guarde la misma orden, que està mandada guardar entre nuestros descendientes en los llamamientos, donde se permite la succesion de varones, y hembras.* Con que conociendo el Fundador, que podia servir de confusion para con los transversales de particular nominacion, lo que prevenia sobre la entrada de alguno de los del llamamiento universal, por esto repitiò, que en la de aquellos se observasse la graduacion, y prerrogativa de sus lineas, como, y en la forma, que en la de su propria descendencia.

Siendo esta la natural, y genuina inteligencia de esta clausula, es violento inferir, que con sola la palabra *en este caso*, destruyesse la prelacion de lineas, que entre sus proprios descendientes, y entre los transversales de particu-

ticular nominacion, dexaba ordenada con tan reiterada explicacion, como que dixo: *Y en un mismo grado el mayor, y su linea, y descendencia masculina, prefiera al menor, y la suya*, y prohibiò, que hasta espirar la descendencia toda de la hija mayor, pudiesse posseer su hermana segunda, ni la suya, y asi de las demàs: y aun lo enseñò con su exemplo en la firme, è inalterable graduacion de sus proprios hijos, segun la serie de sus lineas, y respectiva mayorìa; y siendo lo contrario contra reglas ordinarias, y el derecho de representacion, necessitaba muy clara, y concluyente voluntad, para creer, que en tan seria, y premeditada fundacion, no havia el privilegio de la linea.

No se cree contrario; sino favorable Rox. 1. *part. cap.* 6. *num.* 343. que se cita num. 76. del Memorial. Desde num. 326. viene explicando el llamamiento, *succedan siempre por linea masculina*, con cuyo motivo excita la question, An quede en èl comprehendida la hembra descendiente de varon? Y resolviendo *num.* 340. mas de lo que contuvo la pregunta, afirma, que no solo estarà incluìda aquella hembra, sino que tal clausula no basta para entender establecida la agnacion, y que necessita mas clara, y manifiesta voluntad, *quia ex tali clausula, seu verborum conceptione, scilicet descendentes per lineam masculinam, & simili vocatione, deduci non potest, quòd fuit habita ratio conservandæ agnationis, cùm aliàs ratio ipsa conservandæ agnationis expressa requiratur, vel masculorum nomen expressum*; por lo que concluye *num.* 343. entrarà la hembra, prefiriendo al varon de linea inferior. Con lo que se responde, â lo que dice *num.* 74. el Memorial con la authoridad D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 37. pues sobre parecer inconducente la question, que excita, y repitiò *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 69. que es, si en el caso de el mismo llamamiento, ibi: *Quando vocantur hi, qui per lineam masculinam descendunt*, ha de empezar la exclusion desde la misma hembra, como que es fin de la agnacion, ô si ha de comenzar desde sus hijos, no conteniendo tal clausula esta vinculacion; si apetece D. Simon la aplicacion, de lo que resuelve este Doctor, sacarà, que desde su Madre empezò la exclusion, y su repulsa.

Quantos discursos forma el Memorial de Don Simon persuaden possible la fingida agnacion, ô masculinidad; pero

pero, como no alcanza el *pudo* â introducir perfecta efectiva voluntad, en materia tan odiosa, y estrecha, como es esta, es ocioso discurrir verosimilitudes, y no repugnancias, que explica desde *num.* 83. quando es pension general de qualquier prueba, que concluya *per necessè*, y no *per possibile*. Ni el que este Mayorazgo huviesse sido en el principio de rigorosa agnacion, como nota *num.* 80. es conjetura bastante para colegir, quiso el Fundador, que gradualmente decayesse en las figuras de succession, que mas le assimilassen por la regla *in habentibus symbolum facilior est transitus*, â que responde D. Vela *dissert.* 49. *num.* 103. Ocupò el cèlebre discurso de esta Dissertacion, vinculacion, que ordena un transversal, con expressa exclusion de toda hembra, y llamamientos de verdadera agnacion, y previniendo, que â falta de los descendientes varones de sus quatro hermanos, que especialmente llamò, *succediesse el pariente mas propinquo de su linaje de Santillan, y sus hijos, y descendientes, ò parientes, por la orden, que arriba està señalada para la succession de mis hermanos, y sus hijos*, llega â faltar la varonìa, quedando dos descendientes de la tercera linea, ô hermano. Concurren â litigar Doña Mariana de Santillan, hija del ultimo Posseedor, y de la linea de primogenitura, con D. Fernando de Santillan su Tio, hijo de Doña Beatriz de Santillan, hija del mismo tercer hermano de los del Fundador: muevese fuerte duda, sobre si se debia contemplar yà el Mayorazgo de simple masculinidad. Examinase con la mayor reflexion, y obtiene por Executoria Doña Mariana. Fue el principal fundamento de esta decision; que, aunque era claro haver apetecido la verdadera agnacion, no lo era, que en su defecto huviesse ordenado la masculinidad el Fundador. Este Mayorazgo era fundado antes del año de 1615. respecto de la serie de Posseedores, que lo desfrutaron antes de el de 622. en que advierte el Sr. Vela obtuvo Doña Mariana el Auto del Ordinario â su favor. Quantas reflexiones, y fundamentos trahe en este lugar, concluyen â nuestro intento con mayor razon. La clausula, que gobernaba la succession, para en falta de la agnacion de Santillan, fue un llamamiento confuso, ê indistinto del pariente mas cercano *del Linage, y con la misma orden* de la succession de los prime-

ros llamamientos: La nuestra, en falta de la agnacion de Jaureguis, ordena sea la misma hembra primera successora, y por su muerte, sus hijos varones, y hembras por linea masculina, y femenina: Con que, si por odiosa, y contra reglas generales la qualidad de masculinidad, no se conceptuò bastante aquella clausula, para construir, que en falta de la varonìa, se havia devuelto â ser de masculinidad, què dirèmos, donde la excluye la letra de la fundacion?

Para conocer, quanto repugna despojar de la possession al descendiente de la linea mejor, y alterar las reglas generales de la succession, merece detenernos la Decision, que trahe, y prueba *suo more* D. Larrea en la 34. En fundacion, que en su origen fue de artificiosa agnacion, con exclusion de hembras, y llamamiento *de varon en varon*, compite un varon descendiente de hembra de la primera linea, con un varon de varon de la linea posterior, ô substituida; y examinado en discordia por dos Salas, en la Real Chancilleria de Granada, y en la de Miliquinientas, donde tambien se llevò, obtiene el varon de hembra contra el varon de varon favorable determinacion. Entre otros fundamentos advierte D. Larrea *num.* 43. *&* 45. este: Que la exclusion de hembras pudo tener dos fines, ô respectos en la mente de aquel Fundador: uno, el establecer la agnacion: otro, la simple masculinidad: el de la agnacion mas rigido, y estrecho, como que es mas exclusivo de las hembras, y su descendencia, contra reglas ordinarias; el de la simple masculinidad menos odioso, como que retira solo la hembra, y no su descendencia, de la succession: y en esta indiferencia se estimò la interpretacion, ê inteligencia, que distaba, y retiraba menos del derecho comun, y succession regular.

Insensiblemente preparamos respuesta â la especie de Roxas 1. *part. cap.* 6. *num* 346. que cita, ê inserta *num.* 54. del Papel. Addiciona, y explica este *num.* Aguila *num.* 353. distinguiendo entre Mayorazgo de agnacion, y el de masculinidad. En el de agnacion, extinguida esta por muerte de los verdaderos agnados, se prefiere la hembra, hija del ultimo Posseedor, que compite con varon de hembra, *quia agnata est*; al contrario en el de simple masculinidad:

por-

porque, como prevalece la qualidad del sexo, y esta se halla en el varon, aunque descienda de hembra, prefiere este â qualquier hembra, aunque sea de linea mejor: con que hablando yà allì Roxas de Mayorazgo de agnacion, como la nieta descendia de varon de varon, y litigaba con varon de hembra, no es de extrañar la prefiriesse, y prosigue, dando la razon en el mismo *num.* 346. *Et sic nepos, etsi masculus, non est de linea masculina, sed de linea fœmenina, quæ sumpsit principium à Matre, in qua egit finem linea masculina, & fecit initium linea fœmenina ad ejus filios, qui revera sunt de linea fœmenina.* Esta especie se contempla inaplicable â nuestro caso: porque, si como advierte el mismo D. Simon *num.* 68. de su Memorial, en Mayorazgos de qualidad solo se atiende esta, y no la linea, no siendo el nuestro (desde el llamamiento de las hembras) de succesion irregular, *ut probatum manet*, â què conducen especies, que suponen la dificultad? Y aun omitida la diversidad, como no hallarà literal resistencia en esta authoridad, si se supone ser este Mayorazgo de artificiosa agnacion, como se afirma num. 85. ibi: *Se debe entender, que la que dispusieron fue una artificiosa agnacion*, quando D. Simon es hijo, y nieto de una hembra? Y para con el caso de Roxas hallarà, que si el varon fue excluso por hijo de una hembra, le està comprehendiendo la misma qualidad.

Desembarazados yà del medio de agnacion, y masculinidad (que â no resistirlos nuestra Fundacion, podrian proteger la pretension de D. Simon) falta registrar otros, que apunta, como por adorno de su Memorial. Deseoso de encontrar un llamamiento, que, alterando el orden regular de succeder, le prefiriesse â su prima, sienta desde *num.* 43. que hay tres especies: general, especial, y singular; y construyendo, que en la clausula *primera successora sea la hembra mayor*, tuvo su Avuela llamamiento singular; y en la palabra *sus hijos*, su Madre Doña Petronila el especial, saca por consequencia, que incluyendose Doña Josepha de Alfaro en el siguiente, *y sus descendientes*, tiene solo el colectivo, ô general, que se pospone al particular, y al especial.

Concedido este discurso, como se propone, vendria â concluir, que siendo D. Simon tan nieto de la primer lla-

mada, como Doña Josepha su prima, se queda presso en el llamamiento general, y destituido del particular, y el especial, â que aspiraba para su prelacion. Conociò, que esta replica saltaba, y haciendose cargo de ella *num.* 51. respondiò, que como su Madre no havia salido â litigar, no le impedia â D. Simon usar de su derecho, que es, lo que persuaden las authoridades, que cita; pero siendo reparo, y concepto muy distinto, el si la vida de su Madre le estorva para usar de su proprio llamamiento, de que allanado este passo, sea nieto, y no hijo, y por consiguiente nombrado no especial, sino colectivamente por el Fundador, fue dexar la dificultad sin solucion, y confessar inaplicable al caso su apetecida antelacion.

La mente de los DD. en la distincion de llamamientos para la preferencia, ex D. Castill. *lib.* 6. *cap.* 129. *num.* 23. se reduce â dos, general, y especial; y aunque este lo subdividen, ô explican, quando se figura con el nombre proprio, ô con alguna demonstracion, que determina ciertamente la persona, es incongruente â nuestro caso, en que no llamò el Fundador â Doña Isabel Magdalena de Jauregui, ni â la hija de D. Lucas de Jauregui, sino â la *hembra mayor*, que es apelativo, ex D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 93. §. 1. *num.* 51. en que tratando del llamamiento con la voz *Primogenito*, dice es apelativo, ê incluye, no solo al primero, sino transcendentalmente â todos, los que lo fueren; y mas terminante Rox. *de Incomp.* 1. *part. cap.* 8. *num.* 38. en que notando grande diferencia, quando fue llamado el segundogenito por su proprio nombre, ô quando se dice *succeda el hijo segundo de Fulano, ò el hermano segundo, ò el pariente, que fuere de tal grado*, pone muy â nuestro intento estas palabras: *Quando vocatio fuit per nomen appellativum, & non per nomen proprium, creditur Institutor respexisse realiter ad ordinem successivum continuatum ex illo secundo, vel tertio gradu, & non ad personam secundo, vel tertio geniti, tanquam magis dilectam; nam, si respexisset principaliter ad personam, eam nomine proprio nominasset, ut sibi cognitam, & magis dilectam; attamen si eam nomine proprio non vocavit, fortè fuit, quia non cognitam, sive non magis dilectam habuit, sed quoniam voluit, quòd succesio inciperet per ordinem ex eo gradu: siquidem causa, ex quibus Institutor Majoratus personas remotiores proximioribus anteponit, in personis igno-*

notis, prout sunt vocati per nomina appellativa, ipsi Institutori militare non videntur, immo verosimiliter non major affectio ad unum, quàm ad alium habuisse censendus est. Pensamiento, con que resolviò D. Molin. *lib.* 1. *capit.* 6. *à numer.* 27. la question, de si en el llamamiento de *hijos* vienen tambien los *nietos*, advirtiendo, que si los hijos, que llamò, no eran nacidos, ô no los conocia el Fundador, falta conjetura para interpretar afecto personal, y asi se ha de construir llamamiento transcendental â todo nieto. Ociosa es la aplicacion al caso, en que, disponiendo nuestro Fundador un futuro acaecimiento tan incierto, que ignoraba, quando, ni en qual de sus descendientes se verificarìa, mirò solo â establecer el orden, con que entonces se debia gobernar, en cuya hypothesi dixo D. Castill. *cap.* 93. *num.* 43. *Non censetur ad aliquem se restringere, sed ad illum, qui tempore delatæ succesionis reperiatur*: Luego si Doña Isabel Magdalena fue, en quien casualmente se verificò: luego si naciò muchos años despues de muerto el Fundador, repugna construir predileccion, ni afecto personal.

Esta preferencia, que pinta D. Simon en su Papel, la desacredita eficazmente el reparable silencio de su Madre, que estando viva, se mantiene muda â pretender, advirtiendo le resistiria la letra de la fundacion, que dice: *Y acabada esta succesion masculina, y femenina de la tal hija mayor, succeda su hija hembra segunda, y esta, y su linea masculina, y femenina se prefiera à la tercera*; porque al modo, que hasta espirar toda la descendencia de la hija mayor de D. Martin, dormia el llamamiento de su segunda hija, asi, mientras vive descendencia de la hija mayor de Doña Isabel Magdalena, està suspenso el de Doña Petronila su segunda hija.

Ultimamente, en llamamientos de Mayorazgos de España es falsa la proposicion, de que carezca Doña Josepha de Alfaro de un llamamiento tan particular, y especial, como si estuviesse nombrada por su nombre, y apellido. De todo el que se contiene baxo de un nombramiento lineal dixeron los Add. ad D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 29. & D. Castill. *lib.* 6. *cap.* 129. *num.* 18. & 26. que lo tenia especial; pero *lib.* 5. *cap.* 93. §. 1. explicando el llamamiento con la voz *Primogenito, ò hijo mayor, y sus descendientes mayo-*

res, dice *num.* 20. que *ita ſpecialis, & propria dijudicabitur in eo, qui tempore ſucceſsionis vacantis, primogenituræ, & maſculinitatis qualitatem obtineat; & in proximiori gradu exiſtat, ac ſi proprio, & ſpeciali nomine facta fuiſſet.* Y repitiendo el miſmo penſamiento §. 3. *num.* 5. dà la razon, ibi: *Nominatim aliquid fieri dicitur, cùm vel nomen proprium exprimitur, vel aliis circunſtantiis, quibus vice nominis utimur*; y como al tiempo de la vacante hay ſiempre perſona, en quien reſida la primogenitura, es lo miſmo para entender ſu preferencia, que ſi eſtuvieſſe llamado con ſu peculiar nombre, y apellido; es aſsi, que eſto ſe verifica en Doña Joſepha de Alfaro: luego tiene el llamamiento, que le aſſegura ſu antelacion, y preferencia.

Para comprobar lo expueſto, eſtrechemos el diſcurſo. Concedamos, que Doña Iſabel Magdalena eſtè llamada por eſte miſmo nombre; y aun permitamos, que en ſu defecto llamaſſe el Fundador â Doña Maria, y Doña Petronila ſus dos hijas: ſerà la queſtion en eſta hypoteſi, ſi han de obtener primero el Mayorazgo los hijos, y deſcendencia de la primera hija, que entre â poſſeer Doña Petronila? En terminos de llamamiento de *Phelipe, y Dionyſio,* la tocò Rox. 5. *part. cap.* 4. y reſuelve, que como el llamamiento de Phelipe en materia de Mayorazgos, ſe entiende lineal, comunica â ſu hijo, y deſcendientes por la repreſentacion ſu primacia, y preferencia, y que eſperàra el miſmo Dionyſio, haſta que fenezca toda la linea del Phelipe, trahiendo en comprobacion caſo decidido en la Real Chancilleria, lo que exorna latamente Aguil. *à num.* 22. Luego, aunque la doctrina tenga probabilidad en otra claſſe de llamamientos, y ſubſtituciones gobernadas por diſtintas reglas, que los Mayorazgos de Eſpaña, en nueſtro Reyno, donde ſe entienden eſtos nombramientos lineales, es mas que ardua la empreſſa de liſonjearſe preferencias, que deſquadernan las reglas particulares de ſemejantes ſucceſsiones. Por lo que previno D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 1. & 7. ſer argumentos peligroſos, los que ſe forman con las reglas, y doctrinas de Feudos, Fideicommiſſos, y diſpoſiciones de otros Reynos.

Satisfechas yà las principales objecciones, recorramos â la ligera otra, que apuntò timido deſde num. 21.

â

ad 28. y retoca â num. 35. y 58. con mas resolucion. Duda, que Doña Maria de Roa constituyesse linea habil, y capaz de succeder; y que su hija pueda usar del derecho de su representacion. La causa, para figurar estas proposiciones opinables, es, porque ni Doña Maria llegò en su vida â posseer; le antecedia D. Diego, que pudo tener hijos; y huvo otra hermana mayor, que fue Doña Isabel: circunstancias, que dexaron incierto, variable, y contingente, el que pudiesse succeder, y formar linea de primogenitura comunicable â su hija, para que cita â Avendaño, Cevallos, y otros num. 26.

Para refutar este discurso, y su aplicacion â nuestro caso, se pudieran amontonar las soluciones. En reglas elementales de los Mayorazgos son conceptos muy diversos constituir linea absolutè, de constituirla qualificada, ô privilegiada, como lo son de possession, y primogenitura, se colige ex Rox. 1. *part. cap.* 6. §. 12. & 13. & D. Molin. & ibi Add. *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 31. *Præter lineam possessoris, & lineam primogeniti, dantur aliæ, quas constituit unusquisque fratrum sibi, suisque filiis*: Con que concedido no formasse linea de possesion, ni de immediata, por quê se ha de negar constituyesse linea no qualificada, habil, y capaz de succeder en su dia, y ocasion â una descendiente del mismo Fundador? Y què fruto ha de coger de esta disputa, quien estando por su nacimiento dos passos mas distante del Posseedor, quando porfia â debilitar la linea, y representacion de su prima, se hiere por el mismo filo con mayor razon?

La opinion de Avendaño, Cevallos, y demàs, citadas de contrario num. 26. sobre estar expressamente refutada por el Sr. Molin. y sus Add. *lib.* 3. *cap.* 7. *à num.* 4. su discordia estriva solo, en conceder unos el derecho de representacion â todo, el que no estuviere excluido, inhabil, ê incapaz de succeder, bastando solo, el que tenga derecho en esperanza; y dificultar los otros en contestarle linea de primogenitura, al que tiene delante otros de mejor grado, que le dexen casi imposible, ô remota esperanza â posseer; pero el mismo Avendaño *in leg.* 40. *gloss.* 7. *num.* 11. se remite, â lo que diria *gloss.* 14. donde no opina tan estrecho, que limite solo al proximo immediato, y no â

H otro,

otro, el derecho de representacion, pues lo concede â todos los hijos del actual Posseedor, y â los transversales, en quienes no se halle muy distante la proporcion para obtener: luego si D. Diego nunca tuvo hijos, y su hermana mayor Doña Isabel premuriò Doncella, parece muy claro, quedaron Doña Maria, y despues su hija de immediatas, y con bien fundada, y proxima esperanza â posseer.

En los terminos del Pleyto no necessita Doña Josepha del derecho de representacion, para excluir â su primo. Esta questìon sirve para el caso, en que compiten dos de grado desigual, como sobrino, y Tio, en que ascendiendo aquel por la represen tacion â ocupar el grado de su Padre, se iguala â este, para vencerle, al modo, que si compitiessen dos hermanos; pero estando iguales en grado Doña Josepha, y D. Simon, vence aquella solo, por ser de linea mayor, con la regla general de graduar las lineas por sus respectivas mayorìas, de qua Rox. 1. *part. cap.* 6. *num.* 167. cum D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 52. *&* 163.

Prescindiendo de lineas, y representacion, advierte el mismo Avendaño *in leg.* 40. *à num.* 13. *& gloss.* 16. que por solo el medio del llamamiento se havia de gobernar la prelacion, ibi num. 2. *Cùm non solùm ex vi repræsentationis nepos Patruum excludere valeat; sed ex evidenti vocatione instituentis Majoratum omnes primogeniti nascituri in infinitum linea recta primogeniorum; de primogenio in primogenium invitati censeantur, ac si specificè vocarentur.* Es assi, que nuestro Fundador ordena expressamente, que cada hermano, y toda su descendencia vaya succediendo, segun su antiguedad de nacimientos: luego solo con este titulo havria de obtener Doña Josepha.

Siendo tan firme dogma en nuestro Reyno el derecho de representacion, como que desde que se publicò la *Ley* 2. *tit.* 15. *part.* 2. contaba D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 23. havia muerto aquella anciana questìon, ibi: *Opinionum conflictus, qui circa hæc anteà versabatur, ex dict. leg.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. *in his Regnis cessavit*, y que ideando desenterrarla algunos sus afectos, para condenar su intento temerario, se formò la 40. de Toro, en que se resellò aquel su antiguo sepulcro, parece equivocado, unir la disposicion de estas leyes con la 14. *tit.* 7. *lib.* 5. para responder en el Papel

con-

contrario *à num.* 65. que como esta hablò solo en los Mayorazgos, *que de aquì adelante se hicieren*, siendo su fecha el año de 1615. no pudo comprehender nuestra fundacion, que fuè anterior. Para desvanecer esta niebla, se ha de suponer, que el derecho de representacion es tan antiguo en España, q̃ dice la Ley de Partida ser yà costumbre al tiempo de su formacion; y que haviendose publicado en 7. de Marzo de 1505. las Leyes de Toro, como lo contestan la *Ley 6. tit. 1. lib. 2. Recop.* Zevall. *Comun. quæst.* 762. *num.* 15. P. Mariana *cap.* 28. es indisputable, que este derecho contaba muchos años antes de nuestra fundacion. Permitian estas Leyes, que los Testadores lo pudiessen prohibir, *salvo si otra cosa estuviere dispuesta, por el que primeramente constituyò, y ordenò el Mayorazgo.* Ofrecianse graves altercaciones, y pleytos sostenidos en presumpciones, conjeturas, y argumentos, para interpretar en casos particulares, denegada la representacion por su respectivo Testador; y para cortarlos, se publicò, â peticion del Reyno junto en Cortes, la 14. *tit.* 7. *lib.* 5. en que no se establece el derecho de representacion; si solo, el que no se entendiesse excluìdo por conjeturas, y argumentos, â menos, que clara, y literalmente no la prohibiesse el Fundador: luego se atribuye mal â esta ley, y su promulgacion, el origen del derecho de representacion.

No se rastrèa circunstancia, para conjeturar, que Miguel Martinez de Jauregui prohibiesse en sus descendientes este beneficio legal; y lo contesta Don Simon, que no ha encontrado otro asylo, que el reparar lo concediò literalmente â los varones, y que lo omitiò en el llamamiento de las hembras; pero como el caso omitido queda baxo de la regla general, y sujeto, â lo que es derecho comun, sobraba esto, para que corriesse entre las hembras, y su descendencia la representacion. Registrada la letra se halla positivamente prevenido. Formado el primer llamamiento de Don Martin su primogenito, y de su descendencia, dixo: *y en esta succesion haya lugar la representacion de derecho, segun la qual los hijos, y descendientes legitimos varones, por dicha linea recta masculina representan à sus Padres muertos en vida del ultimo Posseedor.* Esta clausula, puesta en el primer llamamiento, parece dirigida â practicar, lo que advirtiò D.

Mo-

Molin. & ibi Add. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 66. en que aconseja al Fundador, coloque en el primer nombramiento, quantas circunstancias apetece, para que se entiendan repetidas, y por èl se arreglen las demàs: y â lo que dixo D. Cast. *lib.* 2. *cap.* 22. *num.* 97. *&* *lib.* 4. *cap.* 9. *&* 50. sobre clausula puesta al principio de la disposicion. Comprueba el pensamiento, que poniendo despues el llamamiento de los otros siete sus hijos, solo dice *por la dicha orden*: con que si confiessa Don Simon, que en estos siete varones corria indisputable la representacion, parece literal, que siendo el llamamiento de las hembras, *por el mismo grado, orden, y prelacion, que estàn sus Padres llamados*, quedò dispuesta la misma preferencia de la hembra, cuya Madre murìesse en vida del Posseedor antecedente; y quando de un caso â otro no aparece racional motivo, para que variasse el Fundador sus providencias.

No disiente Ceball. *Commun. quæst.* 762. del derecho de representacion en nuestro Reyno, pues excitada la question, pone *num.* 1. *Et pro affirmativa, quòd admittatur repræsentatio, ita ut existentes in gradu remotiori intrent locum suorum Parentum, ut detur æqualitas gradus, facit, &c.* num. 58. pone la negativa; y â *num.* 79. resuelve, que si no lo impide la voluntad del Fundador, ibi: *Qua voluntate cessante, in dubio prior opinio sequenda est in judicando, & consulendo, tam de jure comm. quàm nostro Regio, ex d. leg. Taur. quæ expressè admittit repræsentationem usque ad millesimum gradum, tam in linea recta, quàm in transversali, ut in fundamentis pro prima opinione.* Ni se opone Avend. *in leg.* 40. *Taur.* encontrandose solo en este, y otros DD. alguna confusa explicacion, dimanada de no distinguir el derecho de representacion absoluto, dèl de representacion de Primogenitura; y de no subdividir la Primogenitura actual, de la futura, y comparativa. Figurèmos el caso, de que el Posseedor de un Mayorazgo tiene muchissimos hijos, en todos reluce igual el derecho de representacion absoluta; y en el mayor el de la representacion de Primogenitura: y aunque en los otros, y especialmente en los ultimos, se contemple una incierta, vana, y casi impossible esperanza â posseer en el estado presente, es muy compossible al mismo tiempo construir en ellos una comparativa Primogenitura, segun la qual,
el

el penultimo, v. g. transmite â su descendencia una mayoria, y preferencia, respecto de su hermano menor, y la suya: que es, lo que responde Aguila 1. *part. cap. 6. à num.* 212. donde recopila, quanto propone el Papel de Don Simon en este punto.

Don Lucas de Jauregui, primogenito de D. Miguel, C. 1. tuvo por su hija unica â Doña Isabel Magdalena de Jauregui, que si huviesse sido varon, ô este Mayorazgo no fuesse entonces de rigorosa agnacion, huviera obtenido la possession sin controversia. Esta, del matrimonio con Don Pedro de Roa y Maza, tuvo quatro hijos, D. Diego, ultimo Posseedor, que causa esta vacante, quien jamàs tuvo hijos; Doña Isabel su hermana le premuriò Doncella: luego como puede negarse â su hermana Doña Maria, y â esta Parte, como su hija, la actual immediacion, y que en vida del ultimo Posseedor formasse linea de primogenitura? Y â què conducen al caso los DD. que la Contraria cita, y hablan en aquel, que se halla con remota esperanza â posseer, por antecederle otros de mejor derecho? Para apropriarlos se viò precisado â decir *num.* 24. *Que Don Diego, y Doña Isabel pudieron tener hijos*; pero como esta no casò, y Don Diego entrò en abanzada edad, fue casi impossible esta esperanza; y concedida, mientras no tuvo Don Diego succession, y no antecedia otro de mejor derecho â su hermana Doña Maria, por què le ha de negar la actual immediacion? Y aun concedido todo, si tiene esta Parte prelativo llamamiento por la Fundacion, como puede vencerle otra hembra, en quien con mayor razon militan los mismos inconvenientes, que propone?

Desde num. 30. excita la question de competencia entre varon de hembra, y hembra de varon, que estando en igual grado, son ambos transversales del ultimo Posseedor, y con el Sr. Castillo *lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 151. intenta probar vence el varon, por el *cap. Unico. de eo, qui sibi, & suis hæred.* Este texto habla literalmente en los feudos, que por su naturaleza excluyen hembras mientras ay varones: y para solidar la respuesta â todo, mendiguemosla del Sr. Molina, & ibi Add. *lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 9. *Qui textus loquens in feudo, ex cujus natura, fœmina, stantibus masculis etiam remotioribus, non succedit, ad Majoratus, ubi fœmina propter mascu-*

 los

los remotioris lineæ, & gradus, ab eorum successione excluditur, ex identitate rationis adduci potest; non autem ubi solùm in eadem linea, & gradu masculi fœminis præferuntur, ut communiter in omnibus Majoratibus contingere solet, prout aliqui terminos equivocantes facere solent; cita varios DD. y sigue: *Quorum plures, & alii, qui de his equivocè loquuntur, in hoc casu, & in his terminis, intelligendi sunt.* Es asi, que nuestra fundacion en el llamamiento, que al tiempo presente corresponde, llama positivamente las hembras, y solo las pospone, quando tengan hermano: luego ni es apropriable el texto, ni las doctrinas, que hablan en Mayorazgos de agnacion, ô de masculinidad.

Aguila 1. *part. cap. 6. à num.* 205. toca la question, y resuelve en favor de la hembra, que desciende de linea mejor, *num.* 217. ibi: *Et sic resolvendum est, natum ex priori linea, sive masculum, sive fœminam, præferendum; unde si sit neptis ex filio, & ex filia nepos, ea est præferenda, nepote excluso*, y concluye *num.* 231. diciendo, que asi se ha de entender D. Castillo *lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 151. Vuelve â num. 353. â retocar este dubio, y el de la succesion al Reyno de Portugal, entre el Señor Phelipe Segundo, y su prima Doña Cathalina, Duquesa de Berganza: y distinguiendo entre Mayorazgo de agnacion, ô masculinidad, y el regular, concluye num. 366. *Unde manifestum est, plures in hac quæstione aberrasse, dum vel absolutè asserunt Regnum pertinere Philippo, utpote ætate majori: ut sunt Mier. 2. part. quæst. 6. num.* 265. *& alii communiter, vel sine distinctione docent, masculum ex fœmina præferendum esse fœminæ ex masculo, quoad hoc observandum ab Avendaño in l.* 40. *Taur. glos. 6. num.* 75. *D. Castill. lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 151.

Sin la inteligencia, que dàn estos DD. al texto, y al Sr. Castillo, este se explica â sì mismo en el num. 151. en que haviendo referido los AA. y probabilidad de esta opinion, dice ibi: *Ii quidem AA. loquuntur, quando Majoratus numquàm pervenit ad lineam aliquam Majoratus prætendentium, sive in eorum Authoribus numquàm initium sumpsit; tunc namque si pervenisset, donec ea linea duraret, lis esse non posset, sed quando, ut dixi, ultimus possessor transversalis absque liberis, & descendentibus decesserit, nec caput lineæ alterius cœperat.* Es caso muy diverso, quando se disputa la succesion entre dos transversales

tan remotos, que no se halla en ellos, ni sus Authores cabeza de linea, ni possession, del nuestro, en que sobre ser ambos descendientes del mismo Fundador; son terceros nietos de Don Miguel, C. 1. que fue Posseedor; y desde que faltò la varonia de Jauregui, se devolviò la succession â su Avuela Doña Isabel Magdalena, y en que se hallan lineas formadas, por donde se ha de gobernar la preferencia: y aun esta misma disparidad de casos la prohibe nuestra fundacion, en que faltando todos los llamados, manda succeda *el pariente transversal mas propinquo de nuestro linage, que à la sazon se hallàre* ∴ *Sin que tenga en este caso mas prerrogativa el varon descendiente de la hembra, que la misma hembra, salvo concurriendo el varon, y hembra en una misma linea, y grado.* Y ultimamente el Sr. Castill. *num.* 160. concluye la question con estas palabras: *Et inde, quòd filia privilegiatam successionem, sive eam, quæ Patri ob qualitatem masculinitatis competeret, si viveret, prætendere non potest, quia sexum Patris (ut dixi) non repræsentat*: en que es de notar la palabra *ut dixi*, para inferir hablò num. 151. en Mayorazgo de masculinidad, y en que esta qualidad es circunstancia, que causa el Derecho, para anteponer el varon.

La decision â favor del Señor Phelipe Segundo en la competencia con su Prima al Reyno de Portugal, es confirmacion de la respuesta, advirtiendo ex Aguila 1. *part. cap. 6. num.* 361. & 365. que aquel Reyno es Mayorazgo de masculinidad. Otra disparidad apunta Avendaño *in l.* 40. *glos. 9. à num.* 76. y consiste, en que sobre ser el Señor Phelipe Segundo mayor de edad, que su Prima, era hijo de hermana mayor: *Unde Rex noster Philippus à fœmina ætate majori descendens, ipseque masculus, & major, justissimè exclusit Catharinam*; lo contrario acaece en nuestro caso, en que Doña Josepha de Alfaro, y su Madre son respectivamente mayores, que Don Simon, y la suya. En el Reyno de Portugal no ay derecho de representacion, advirtiò D. Molin. *in allegat. apud Ceball. commun. quæst.* 762. y esta fue una de las razones, para que obtuviesse el Señor Phelipe Segundo, dixo, ibi: *Quòd potiori ratione in Regno Portugaliæ dici poterit, cùm in eo Regno, non solùm non sit lex, quæ etiam in successione ascendentium repræsentationem concedat, immo plures, quæ illam in Primogeniorum successione excludant.* Y lo contesta

Aven-

Avendaño *in leg. 40. glos. 2. num. 23.* ibi: *In qua meritissimus Philippus justissimè obtinuit, tam ex eo, quòd receptum erat non dari in eo Regno Portugaliæ repræsentationem.* De que se colegirà, no haver la contraposicion, que el Papel contrario atribuye al Sr. Molina, por negar en esta alegacion la representacion, en que procede conforme â las Leyes de aquel Reyno; y se conocerà dissonante, y falsa la conciliacion, que apunta el Papel, num. 37. quando nuestros Regnicolas conceden igual, ê indistintamente la repressentacion â todo descendiente, yà sea hembra, yà varon. Y para que no quede la defensa de esta Parte sin exemplar, que la authorice, importa recordar, el que apunta Aguila 3. *part. cap.* 4. *num.* 17. sobre la succession del Reyno de Navarra, en que muerto Carlos Primero sin hijos, compiten dos sobrinos, uno varon de hembra, y otro hembra de varon, y obtiene esta, que fue la Infanta Doña Juana, como hija de hermano mayor.

PUNTO III.

DON Francisco Ortiz de Godoy, Marido de Doña Maria Antonia de Jauregui, litigò en la vacante antecedente, en que por falta de la rigorosa agnacion, empezò la succession de las hembras; y siendo unas la fundacion, y las personas, sin mas diferencia, que litigar entonces un hijo, y ahora dos nietos, de Doña Isabel Magdalena de Jauregui, si declarò entonces V. S. tocar la succession â esta, y su linea, le obsta aquella Executoria *ad tradita per* D. Salg. 4. *part. de Reg. cap.* 8. *à num.* 310. 320. *&* 326. Mas claro: lo que ahora solicita D. Francisco es, que desde la vacante antecedente debiò empezar la succession por Doña Maria de Jauregui su Avuela, y en su linea, y no en la de Doña Isabel Magdalena; V. S. declarò lo contrario: luego aquella decision le obsta. Conociendo este eficaz convencimiento, responde, q̃ aunque hizo su oposicion entonces, y diò despues el pedimento fol. 190. R. 2. desistiendose, y confessando tener mejor derecho D. Diego de Roa, esto fuè un error de su Procurador, quien no le pudo perjudicar. A que se ha satisfecho, exponiendo, que el pedi-

dimento formado en vista de los Autos, que tomò, vino firmado tambien de su Avogado, y el no haver vuelto â proseguir su instancia, y dexado posseer â D. Diego hasta su muerte, persuade quedò desengañado, y le obsta aquella confession, y consentimiento, que transciende â la actual vacante, por durar la linea, que obtuvo, y total identidad de circunstancias, y la mayoria de la linea, con quien confesso no podia competir.

Conociò entonces D. Francisco, que siendo su Avuela Doña Maria, hermana menor de D. Lucas de Jauregui, quien se baptizò en 27. de Septiembre de 1626. y Doña Maria en 23. de Julio de 1631. era linea anterior la de su Colitigante D. Diego, y que por reglas elementales, mientras duraba descendencia del hermano mayor, estaba negada la entrada â la del menor. Comprehendiò tambien, que litigando nietos de dos hermanos, uno varon, y otro hembra, aunque esta huviesse nacido antes, era linea preferente, la que descendia del varon, por ser firme principio en la succession de Mayorazgos, que entre hermanos, prefiere el varon menor de edad â la hembra, D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 146. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 8. porque las hembras forman segundo grado respecto de los varones. Rox. 3. *part. cap.* 4. *à num.* 6. *Fœmina enim, quàmvis sit primogenita respectu virorum ejusdem lineæ, & gradus, redacta est ad instar secundi gradus ad succedendum in Vinculis, Patronatibus, & Majoratibus Hispaniæ.* Estas reglas mandò observar literalmente nuestro Fundador, tratando del llamamiento de las hembras, ibi: *prefiriendo el mayor al menor*: luego debe ser primero D. Lucas, y su linea como mayor de edad, *y el varon à la hembra, aunque sea mayor la hembra, que el varon, y estèn en un mismo grado*: luego aunque huviesse nacido mayor Doña Maria, serìa linea preferente la de D. Lucas su hermano. Esta orden la authorizò tambien con el exemplo. Haviendo tenido diez hijos, coloca con total antelacion los ocho varones, y aun llama primero â toda la descendencia de varones, y hembras de estos, que â sus dos hijas, Doña Cathalina, y Doña Lorenza: luego debiera continuar consiguiente Don Francisco el desengaño, que le alumbràron entonces tan seguras reglas.

Funda toda su defensa D. Francisco en la clausula ibi:

Por manera, que primera successora sea la hembra mayor, hija de mi hijo mayor varon, primero successor, y llamado, y sus descendientes legitimos, varones, y hembras; es assi, que esta fue Doña Maria mi Avuela, como hija de D. Miguel C. 1. luego desde la vacante antecedente debiò ocupar la possession la descendencia de esta. Pero le retuerze esta Parte el argumento, y negando la menor, le dice: Es assi, que la hija mayor del hijo mayor varon, primero successor, y llamado fuè Doña Isabel hija de D. Lucas: luego obtiene justamente la possession su descendencia.

Devuelto todo el dubio â tomar el proprio, y verdadero sentido de esta clausula, es de advertir le antecede otra, que dice: *Pero faltando todos nuestros hijos varones, y los descendientes legitimos suyos varones por linea recta de varones, tenemos por bien, que succedan en este dicho Mayorazgo las hembras hijas descendientes legitimas de dichos nuestros hijos varones arriba nombrados, y que en adelante tuvieremos, por el mismo orden, grado, y prelacion, que estàn sus Padres llamados*. Y luego prosigue: *Por manera, que primera successora sea, &c.* que en substancia fuè poner un exemplo, ô explicacion de su mente, y voluntad en la clausula, que antecedia: Es assi, que el orden, grado, y prelacion, con que estaban llamados los varones Padres de estas hembras, pedia literalmente, que succediesse antes el hermano mayor, y su linea de varones, que posseyesse el segundo, y la suya; y que la del segundo se antepusiesse al tercero: luego para mantener respectivamente entre las hembras la graduacion mandada observar en los varones, deben ser anteriores las hembras de Don Lucas, como mayor de edad, â las de su hermana menor Doña Maria. Mas claro: Concedamos â esta hermana la qualidad de varon, que no ay duda ser favorable, para succeder en Mayorazgos; quedarian entonces dos hermanos varones, uno mayor, y otro menor con su respectiva descendencia de solas hembras: havria entonces, quien dudasse, que las del mayor debian preferir las del menor? Parece, que no; y lo acredita la Executoria de V. S. en la vacante antecedente, en que concurriò, y litigò un descendiente por hembra de Don Diego de Jauregui, hermano segundo del Don Lucas, hijo assimismo de Don Miguel, C. 1. y no obstante, que estaba en la linea de posses-

fession, se le excluyò por esta clausula: luego con superior razon quedò vencida la linea de la hermana menor Doña Maria.

Confirmase mas reflexionando, que no llama *la hembra mayor* absolutamente, sino con el additamento, *hija del hijo mayor varon, primero successor, y llamado*; es assi, que el hijo mayor varon primero successor, y llamado era D. Lucas, como Primogenito del actual Posseedor: luego su hija Doña Isabel Magdalena es la hembra, â quien se dirige esta clausula. Quita aun la mas leve duda, advertir, prosigue, que acabada la succession masculina, y femenina de la tal hija mayor, succeda su hembra segunda, y esta, y su linea masculina, y femenina prefiera â la tercera, *y assi passe por todas las demàs lineas de las hijas hembras de dicho D. Martin de Jauregui, primero llamado, y de todos los demàs sus hermanos, hijos nuestros, arriba nombrados, y que en adelante tuvieremos, por el mismo orden, grado, y prelacion, que estàn sus Padres llamados.* Fue D. Martin de Jauregui el primogenito, y primer llamado en esta Fundacion: luego ignorando el Fundador, en què dia, y en qual de sus ocho hijos acaeceria espirar la verdadera agnacion, mandando empezasse desde las hembras de D. Martin la succession, manifestò havia de retroceder, y correr por la misma serie, que los varones, toda la plana de la succession de hembras; y empezando por las de D. Martin su primogenito, segun su respectiva mayoria en sus hijas, y sus lineas, havia de continuar en las demàs de sus ocho hijos varones por la misma graduacion, que havia llamado â sus Padres.

Es regla en Mayorazgos, que la exclusion no se ha de entender perpetua, y absoluta, sino una suspension, mientras dura la causa, que la motivò, ex D. Molin. & ibi Add. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 22. la que trasladò *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 72. â la exclusion de hembras, ibi: *Decimaquinta conclusio: Fœmina, semel à Majoratus successione exclusa, non censebitur perpetuò exclusa, sed solùm suspensa, durante causa exclusionis, ideòque, ea deficiente, admittenda erit, ac si exclusa numquàm fuisset.* Excluyò temporalmente el Fundador sus hijas, y descendientes hembras, mientras pudiesse conservar la rigorosa agnacion; pero como fue solo una suspension, para lograr este intento, malogrado, quiso restituirles la succes-

sion

sion por el mismo orden de la mayorìa, que les correspondia, si fuesse en Mayorazgo regular. Son muy de nuestro assumpto las palabras de Aguil. 3.*p. cap.* 4. *n.* 23. tocando la controversia en Mayorazgo de agnacion, que en falta de esta se devuelve â hembras, entre la de la linea del ultimo posseedor, con la de la linea anterior: y refiriendo algunos DD. que llevaron la opinion por la hembra de la linea superior, dice, ibi: *Quia debent intelligi, quando post masculos inveniuntur vocare fœminas; tunc enim Majoratus dividitur in duas lineas, una, quæ componitur ex masculis prior, altera, quæ componitur ex fœminis posterior, & finita linea masculorum incipit linea fœminarum ab initio lineæ, quod necessario datur in prima fœmina, quæ ob masculos exclusa sit; & non debet incipere succesio in medio lineæ, nec in fine lineæ secundùm voluntatem Testatoris. Imò linea ultimi Possessoris non est attendenda; quia linea prior, ubi intravit succesio, suspensa fuit ob prælationem absolutam masculorum, qua stante, fœmina non potuit occupare succesionem, adhuc vivit, & permanet cum eadem prærrogativa lineæ actualis primogeniti, in quam intravit succesio, ideòque fœmina ex ea, & ejus linea, præferenda est posteriori, & priori jure lineæ, quia observanda est prælatio inter fœminas, quæ observaretur, si succesio deferretur eo tempore, quo exclusæ sunt, quia verè delata est, & ob masculos suspensa; & ideò concurrit linea habitualis prior cum habituali posteriori: ergo prior est præferenda.*

Nuestro Fundador no se aquietò con el llamamiento de sola su agnacion; que es el caso, en que se excita la question entre la hembra de la linea de possesion, con la de la linea de Primogenitura. Estampò dos literales llamamientos, uno de solos los varones, por linea recta de varones, otro de las hembras descendientes de ellos, y de ellas: luego en este caso debe correr el segundo por el mismo orden, grado, y prelacion, que el primero; y retrocediendo â la linea de su primer hijo D. Martin, correr la plana de la succesion por la serie de sus respectivas mayorìas, siendo la primera, â quien se restituyesse su debida possesion la linea, y hembra, que quedò defraudada por conservar la agnacion apetecida; esta lo fuè Doña Isabel Magdalena: luego justamente se le reintegrò la succesion, que temporalmente permaneciò suspensa. Debiendose contemplar irregular, y dissonante, que haviendo tenido D. Miguel

C.

C. 1. muchos hijos, y entre ellos quatro varones, se solicite, que en una de sus hijas, que ni fuè mayor de edad, ni tuvo la linea de possession, ni la de Primogenitura, tomàsse principio la succesion de hembras, sin vislumbrearse la mas ligera causa, para lisongearse esta estraña preferencia.

Con ocasion de interpretar las palabras de la *ley* 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. el hijo mayor, que en las dichas casas asi juntas por casamiento, podia succeder*, recopilò Rox. 8. *part. cap.* 5. quanto se puede apetecer, para construir, y entender, las palabras de nuestra fundacion, *primera successora sea la hembra mayor*, y afirma *num.* 3. *filius major recognosci, aut regulari non debet per ætatem, imò per qualitatem, seu prerrogativam, quæ ei adhæreat in succedendo*; *y num.* 11. que en Mayorazgos de España son voces sinonomas *hijo mayor, y Primogenito*; y en la controversia entre sobrino hijo del Primogenito premuerto con su Tio, que se entiende aquel, no solo quando se llama al mayor, sino quando se llama *al mas anciano*; punto, que tambien tocò D. Molin. & ibi Add. *lib.* 8. *cap.* 8. *num.* 18. previniendo, que si està figurado con la voz *succeda el hijo Primogenito*, es clara, y sin controversia la preferencia del sobrino, en quien propriamente se verifica ser el mayor, y Primogenito por la representacion de su Padre, y de su casa; pero si es con la expression, *succeda el mayor en edad*, aunque opinable, es mas segura la sentencia, que favorece al sobrino; y aun en caso de ser el llamamiento, succeda *el mas proximo*, dice Avend. *in leg.* 40. *glos.* 20. que se entiende el sobrino, dando por razon, *quasi sit vocatus is proximior, qui secundùm juris dispositionem admitti debet*; y puntualmente en Mayorazgo de rigorosa agnacion, en cuya falta se llama *la hija mayor*, concurriendo hembra de la linea de possession con otra de linea anterior, que quedò postergada; D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 92. y aunque opina â favor de la linea de la possession, trahe varias doctrinas para conocer, que en esta materia de Mayorazgos como transcendental, y perpetua, la voz hijo, se entiende igualmente de qualquier nieto, y descendiente del Fundador: con que no usando la clausula de la voz hija, sino de otra mas general, ê indiferente *hembra*, y con el additamento de *mayor*, que es lo mismo, que Primogenita, y con la redu-

plicacion, *hija de mi hijo mayor varon, primero successor, y llamado*, es muy claro entendiò aquella hembra de la linea anterior, â quien vistiò la Providencia de la qualidad privilegiada de la Primogenitura legal, â quien huviesse desnudado de la possession interin, que lograba conservar su casa en la agnacion, y que frustrado yà este intento, era justo restituir, trasladando entonces toda la serie de la succession â la de un Mayorazgo, como si desde su principio huviesse sido en todo regular, volviendo el agua de la succession â aquellos conductos, por donde naturalmente debiò correr. Por lo que espera Doña Josepha de Alfaro, que como nieta de la Doña Isabel, que naciò con la Primogenitura de su casa, y cuya linea se halla en la actual possession del Mayorazgo, determine V. S. â su favor.

Lic. D. Juan de Trillo y Monsalve.